

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (BP Europe SE / Service-Stations Benschop Woerden B.V.)

Geursen, W.W.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geursen, W. W., (2011). *Case note: Hoge Raad (BP Europe SE / Service-Stations Benschop Woerden B.V.)*, Jul 08, 2011. (Actualiteiten Mededingingsrecht; Vol. 2011).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De civiele rechter

HR 8 juli 2011, BP EUROPA SE/Service-Stationen
Benschop Woerden B.V. e.a., zaaknummer 10/02454,
LJN BQ2809

Met noot WG

Trefwoorden: groepsvrijstelling Verticalen, non-concurrentiebeding

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

BP EUROPA SE (rechtsopvolgster van BP Nederland B.V.),
gevestigd te Hamburg, Duitsland,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. G. van der Wal,

tegen

1. [Service-Stationen Benschop Woerden B.V., (hierna te noemen: Verweerster 1)],
2. [Service-Stationen Benschop B.V., (hierna te noemen: Verweerster 2)], [NOOT: Hoewel dit arrest geanonimiseerd terecht is gekomen op www.rechtspraak.nl, bevatten zowel het vonnis van de rechtbank Utrecht (LJN BA9407) als het tussenarrest van het Hof Amsterdam (LJN BL5549) in deze zaak op diezelfde website de namen van verweersters.]
beiden gevestigd te [vestigingsplaats],
VERWEERSTERS in cassatie,
advocaat: mr. L. van den Eshof.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als BP en [verweerster] c.s.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 338584 CS EXPL 04-813 (oud) en 494005 CS EXPL 06-4629 van de kantonrechter te Utrecht van 5 januari 2005 en 27 juni 2007;
- b. het tussenarrest in de zaak 104.004.188 van het gerechtshof te Amsterdam van 16 februari 2010.
Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het tussenarrest van het hof heeft BP beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. [Verweerster] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor BP mede door mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping.

De advocaat van BP heeft bij brief van 6 mei 2011 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 Het gaat in dit geding om het beroep van BP op art. 5 onder a van de hier toepasselijke Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PbEG 1999, L 336/21-25, nadien gewijzigd (hierna: de Groepsvrijstelling).

In geschil is of het tussen partijen overeengekomen exclusieve afnamebeding voor motorbrandstoffen, dat een niet-concurrentiebeding is in de zin van art. 1 onder b van de Groepsvrijstelling, op grond van art. 5 van de Groepsvrijstelling onder het bereik van de in art. 2 van de Groepsvrijstelling opgenomen vrijstelling valt.

Op grond van art. 5 is die vrijstelling niet van toepassing als deze, kort gezegd, de duur van het niet-concurrentiebeding vijf jaar overschrijdt. Naar luid van art. 5 onder a is de beperking van de duur tot vijf jaar niet van toepassing 'wanneer de contractgoederen of -diensten door de afnemer worden verkocht in lokaliteiten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij, en mits de looptijd van het niet-concurrentiebeding niet langer is dan de periode gedurende welke de afnemer de lokaliteiten en terreinen in gebruik heeft'.

3.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Verweerster 1] en [verweerster 2] zijn volle dochtermaatschappijen van [A] B.V.

(ii) [Verweerster 2] huurt van de provincie Utrecht (hierna: de Provincie) twee percelen grond, gelegen langs de provinciale weg T22 (de Europabaan) te Woerden.

Op verzoek van destijds Mobil Oil B.V. (hierna: Mobil Oil) - de rechtsvoorgangster van BP - heeft de Provincie [verweerster 2] in of omstreeks 1989 vergunning verleend voor de stichting en exploitatie van verkooppunten voor motorbrandstoffen (hierna: tankstations) op deze percelen.

(iii) De percelen grond met de daarbij behorende vergunningen heeft [verweerster 2] bij overeenkomsten van 18 december 1989, gewijzigd op 3 september 1990, (onder) verhuurd aan Mobil Oil (hierna: de huurovereenkomsten). In de huurovereenkomsten is bepaald dat deze eindigen 20 jaar na de eerste dag van de maand waarin de verkoop van brandstoffen metterdaad een aanvang heeft genomen. Deze periode is op 1 januari 1993 ingegaan.

Rechtspraak

(iv) De bedongen huurprijs bestaat uit twee elementen, namelijk eenmalig een bedrag dat volledig is vooruitbetaald van f 1.560.000,- (€ 707.897,14) en een jaarlijks - aan indexatie onderhevig - bedrag van f 45.000,- (€ 20.420,11) voor het perceel aan de westzijde van de Europabaan en van respectievelijk f 1.040.000,- (€ 471.931,42) en f 30.000,- (€ 13.613,41) voor het perceel aan de oostzijde daarvan.

(v) Eveneens op 18 december 1989 hebben Mobil Oil en [verweerster 1] een tweetal exploitatieovereenkomsten (hierna: de exploitatieovereenkomsten) gesloten, welke overeenkomsten op 11 januari 1990 en 3 september 1990 zijn aangepast. In de exploitatieovereenkomsten gaf Mobil Oil aan [verweerster 1] de door haar (toen nog te realiseren) tankstations in exploitatie tegen een exploitatievergoeding die in een vastgesteld bedrag per verkochte liter brandstof wordt uitgedrukt.

(vi) In de exploitatieovereenkomsten is vastgelegd dat de duur ervan wordt bepaald door en gekoppeld is aan het bestaan en de tenuitvoerlegging van 'aanverwante overeenkomsten', waaronder in elk geval de huurovereenkomsten.

(vii) De exploitatieovereenkomsten bevatten een exclusief afnamebeding, dat luidt:

'Exploitant zal de motorbrandstoffen die in het station ten verkoop worden aangeboden uitsluitend rechtstreeks van Mobil betrekken. Het gaat hierbij om de navolgende motorbrandstoffen: benzines, auto-dieselolie en auto-gas.'

(viii) Na totstandkoming van bovengenoemde overeenkomsten heeft Mobil Oil op de percelen vervolgens twee tankstations gerealiseerd, die [verweerster 1] sindsdien overeenkomstig de exploitatieovereenkomsten exploiteert.

(ix) Tussen Mobil Oil en een andere dochtermaatschappij van [A] B.V., te weten [B] B.V., zijn in 1989 ook exploitatieovereenkomsten gesloten betreffende een tweetal door Mobil Oil in Amsterdam opgerichte tankstations.

(x) In de exploitatieovereenkomsten is bepaald dat zij onmiddellijk een voortijdig einde nemen ingeval de huurovereenkomsten een einde nemen, dan wel de feitelijke koop en verkoop van de door Mobil Oil te leveren brandstoffen door omstandigheden buiten de schuld van Mobil Oil eindigt. Voorts is bepaald dat beëindiging van de exploitatieovereenkomst voor één van de twee Woerdense tankstations automatisch de beëindiging van de andere met zich brengt. Ook is bepaald dat de exploitatieovereenkomsten eindigen indien en zodra één van de exploitatieovereenkomsten betreffende de tankstations in Amsterdam eindigt buiten de schuld van Mobil Oil.

(xi) BP is in alle hier genoemde overeenkomsten de rechtsoptvolgster van Mobil Oil.

(xii) Op 16 januari 2008 heeft de Provincie [verweerster 1] geschreven dat zij voornemens is de huidige huurovereenkomst na de expiratiedatum van 31 december 2010 voor eenzelfde periode van 20 jaar voort te zetten.

(xiii) Bij notariële akte van 27 maart 2008 is ten behoeve van [verweerster 1] een zelfstandig opstalrecht gevestigd op de door haar van de Provincie gehuurde percelen

grond aan de Europabaan te Woerden.

3.3.1 [Verweerster 1] heeft in eerste aanleg in conventie onder meer gevorderd, verkort weergegeven, dat de kantonrechter voor recht verklaart dat [verweerster 1] per 1 januari 2004 niet langer verplicht is haar brandstoffen te betrekken van BP vanwege de nietigheid van het exclusieve afnamebeding en BP veroordeelt tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Aan deze vordering heeft [verweerster 1] ten grondslag gelegd dat het exclusieve afnamebeding in de exploitatieovereenkomsten niet onder de reikwijdte van de Groepsvrijstelling valt en op grond van art. 6 lid 2 Mededingingswet (Mw) nietig is. Voorts houdt [verweerster 1] BP aansprakelijk voor haar schade als gevolg van het feit dat BP haar, ondanks de nietigheid van het afnamebeding, aan dat beding heeft gehouden.

3.3.2 BP heeft in conventie verweer gevoerd en in reconventie, onder de voorwaarde dat het exclusieve afnamebeding in de exploitatieovereenkomsten met het mededingingsrecht in strijd is, onder meer primair gevorderd dat

- verkort weergegeven - [verweerster 1] wordt veroordeeld om de tankstations in Woerden binnen 14 dagen na betekening van het vonnis te ontruimen op straffe van verbeurte van een dwangsom. [verweerster 2] heeft - bij wege van incident - voorwaardelijk gevorderd zich te mogen voegen aan de zijde van [verweerster 1], welke vordering [verweerster 2] nadien aldus heeft toegelicht dat deze vordering waar nodig mede moet worden begrepen als een vordering tot tussenkomst.

3.3.3 Bij eindvonnis heeft de kantonrechter de vorderingen in conventie afgewezen. In die situatie behoefde de kantonrechter niet te beslissen op de voorwaardelijke reconventionele vordering en de vordering in het voorwaardelijke incident.

3.4 Op het door [verweerster] c.s. ingestelde hoger beroep heeft het hof bij het bestreden tussenarrest als volgt geoordeeld.

Om redenen van proceseconomie en gezien de wijze waarop partijen hun debat hebben ingericht, wordt eerst onderzocht of het afnamebeding uit de exploitatieovereenkomst onder het bereik van de Groepsvrijstelling valt (rov. 4.6). Het geschil spitst zich toe op de vraag of de uitzonderingen van art. 5 onder a van de Groepsvrijstelling zich voordoen, zodat het tussen BP en [verweerster 1] overeengekomen non-concurrentiebeding met een looptijd van 20 jaar onder het bereik van de vrijstelling valt (rov. 4.8). De uitzonderingsbepalingen van de Groepsvrijstelling moeten volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG (thans: HvJEU) restrictief worden uitgelegd (rov. 4.9). Ingevolge HvJ EG 2 april 2009 (*Pedro IV Servicios*), C-260/07, *Jurispr.* 2009, p. I-2437, LJN BI0828, NJ 2009/35, moet voor de toepasselijkheid van art. 5 onder a zijn voldaan aan de volgende voorwaarden: producten moeten worden verkocht uit een lokaal én grond(en) die eigendom zijn van de leverancier (situatie 1), of producten moeten worden verkocht uit een lokaal én grond(en) die de leverancier huurt van een niet met de afnemer/wederverkoper verbonden partij (situatie 2) (rov. 4.10).

BP is niet de eigenaar van de grond waarop zich de door [verweerster 1] geëxploiteerde tankstations bevinden. De eerste situatie doet zich dus niet voor. Daarmee is de vraag of BP al dan niet juridisch of economisch eigenaar is van de lokalen die zich op de grond bevinden niet van belang. Ook het ten gunste van [verweerster 1] gevestigde opstalrecht is niet van belang; het gaat immers erom dat BP zowel eigenaar van de grond als van het lokaal dient te zijn en dit is zowel voor als na de vestiging van het opstalrecht niet het geval. (rov. 4.11). BP is niet de huurder van de lokalen waarin [verweerster 1] de tankstations exploiteert. Van de tweede situatie is ook geen sprake. De vraag of BP de grond huurt van een derde niet met [verweerster 1] verbonden onderneming in de zin van art. 11 van de Groepsvrijstelling behoeft derhalve niet meer aan de orde te komen. (rov. 4.12).

Het exclusieve afnamebeding in de exploitatieovereenkomsten kan dus niet van art. 5 onder a profiteren. Dat brengt met zich dat, indien het exclusieve afnamebeding met art. 6 lid 1 Mw in strijd is, dit beding niet op grond van art. 12 (de Hoge Raad leest verbeterd: art. 13) Mw van dat verbod is vrijgesteld (rov. 4.13). Gesteld noch gebleken is dat op grond van art. 7 Mw art. 6 Mw niet voor het afnamebeding zou gelden (rov. 4.14-4.15). Partijen zelf hebben ter zitting verklaard dat het afnamebeding naar hun mening niet de strekking heeft de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen, beperken of vervalsen, zodat de vraag aan de orde komt of het afnamebeding tot gevolg heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst (rov. 4.17). Ingevolge HR 16 januari 2009, LJN BG3582, NJ 2009/54 dient de partij die een beroep doet op de nietigheids-sanctie van art. 6 Mw mede te stellen en bij voldoende gemotiveerde tegenspraak te bewijzen dat van een merkbare verstoring van de mededinging in de desbetreffende markt sprake is. Nu partijen daarover slechts zeer beperkt hebben gedebatteerd, worden [verweerster] c.s. in de gelegenheid gesteld hun stelling dat het exclusieve afnamebeding op grond van art. 6 Mw is verboden, nader te onderbouwen, waarna BP gelegenheid zal krijgen hierop te reageren. Voor het overige wordt iedere beslissing aangehouden (rov. 4.19-4.20).

In het dictum heeft het hof op de voet van art. 401a Rv bepaald dat terstond beroep in cassatie kan worden ingesteld.

3.5.1 Het hof heeft in rov. 4.10 geoordeeld dat voor de toepasselijkheid van art. 5 onder a van de Groepsvrijstelling moet zijn voldaan aan twee voorwaarden:

- a) de producten moeten worden verkocht uit een lokaal en grond(en) die eigendom zijn van de leverancier, of
- b) de producten moeten worden verkocht uit een lokaal en grond(en) die de leverancier huurt van een niet met de afnemer/wederverkoper verbonden partij.

De onderdelen 2.2-2.4 (onderdeel 1 behelst een inleiding en onderdeel 2.1 bevat geen klacht) bestrijden deze overwegingen met de klacht dat het hof heeft miskend dat deze uitleg niet strookt met de ratio van art. 5 onder a, welke is dat van een leverancier redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zonder zijn instemming concurrerende producten worden verkocht in lokaliteiten en

terreinen waarvan hij de eigenaar of huurder is.

Dat impliceert volgens de onderdelen dat een exclusieve afnameverplichting voor een langere duur dan vijf jaar evenzeer van de vrijstelling van het kartelverbod kan profiteren:

c) wanneer de leverancier eigenaar is van de lokaliteiten (bijvoorbeeld door middel van een recht van opstal) en de terreinen huurt van een derde partij die niet met de afnemer is verbonden, of

d) wanneer de leverancier de lokaliteiten van een derde huurt die niet met de afnemer is verbonden en zelf eigenaar is van de terreinen, of

e) gevallen waarin een beroep op art. 5 onder a mogelijk is, waar het onredelijk is van een leverancier te eisen dat hij de verkoop van concurrerende producten moet toestaan vanuit verkoopruimten en locaties waarvoor hijzelf de risico's en investeringen draagt en waarover hij zeggenschap heeft als ware hij eigenaar en/of huurder als bedoeld in die bepaling.

Volgens deze onderdelen heeft het hof zich geen rekening ervan gegeven dat in het onderhavige geval sprake is een situatie als omschreven onder c), d) of e) en heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat de omstandigheid of BP al dan niet juridisch of economisch eigenaar is van de lokalen die zich op de grond bevinden niet (meer) van belang is, omdat die omstandigheid voor de gevallen als bedoeld onder c, d of e wel degelijk relevant is.

3.5.2 Van de zijde van [verweerster] c.s. is in cassatie betoogd dat BP belang bij de klachten van deze onderdelen mist, omdat zich geen van de vijf situaties voordoet waaronder in de visie van BP de uitzondering van art. 5 sub a toepassing zou kunnen vinden. Met het oog op het belang van BP bij behandeling van de klachten van de onderdelen 2.2-2.4, zullen eerst de overige onderdelen aan de orde komen.

3.6.1 Het hof heeft in rov. 4.12 geoordeeld dat tussen partijen vaststaat dat BP de lokalen waarin [verweerster 1] de tankstations exploiteert niet (van een al dan niet met [verweerster 1] verbonden partij) huurt. Onderdeel 2.5 bestrijdt dit oordeel als onbegrijpelijk. De lokaliteiten zijn volgens het onderdeel immers door natrekking eigendom van de Provincie geworden en de Provincie heeft als eigenaar van de grond ermee ingestemd dat daarop door (de rechtsvoorgangster van) BP tankstations werden gebouwd.

Het onderdeel faalt. In het licht van hetgeen door BP in feitelijke aanleg uitdrukkelijk is aangevoerd, en dat erop neerkomt dat zij slechts de grond huurt van [verweerster 2] en dat zij de lokaliteiten niet huurt, is dit oordeel van het hof alleszins begrijpelijk.

3.6.2 Onderdeel 2.6 klaagt dat het hof een onjuiste uitleg aan art. 5 onder a heeft gegeven door deze bepaling niet van toepassing te achten in een situatie als de onderhavige, waarin het gaat om een mengvorm van de twee situaties als hiervoor in 3.5.1 vermeld onder a) en b), dan wel om de situatie als hiervoor in 3.5.1 vermeld onder e). De grond waarop de twee tankstations zijn gebouwd is niet eigendom van BP en ook niet van [verweerster 1] of [verweerster 2], maar van de Provincie, een onafhanke-

Rechtspraak

lijke derde, die (indirect) deze grond ten titel van verhuur ter beschikking heeft gesteld aan BP, aldus het onderdeel. De tankstations zijn indertijd op die grond door en op kosten en voor risico van BP gebouwd, waardoor volgens het onderdeel de beschikkingsbevoegdheid van zowel de grond als de tankstations gedurende de looptijd van de contracten bij BP ligt en niet bij de exploitant.

Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld.

Art. 5 onder a vereist dat de leverancier huurt van een derde, niet met de afnemer verbonden partij. Aan dat vereiste is niet voldaan ingeval de leverancier, zoals hier vaststaat, de grond huurt van zijn afnemer of een met de afnemer verbonden partij. Daaraan doet niet af dat de afnemer of de met de afnemer verbonden derde de desbetreffende grond op zijn beurt huurt van een partij die van de afnemer onafhankelijk is. De enkele aangevoerde omstandigheid dat de tankstations indertijd op die grond zijn gebouwd door en op kosten en voor risico van BP kan niet meebrengen dat, zoals art. 5 onder a vereist, BP eigenaar is van de tankstations of deze van een niet met de afnemer verbonden partij huurt.

3.6.3 De onderdelen 2.7-2.11, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, richten zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.11 dat BP niet de eigenaar is van de grond waarop zich de door [verweerster 1] geëxploiteerde tankstations bevinden. Zij berusten naar de kern op de opvatting dat het hof daarbij is uitgegaan van een te beperkte uitleg van het begrip 'eigenaar' in de zin van art. 5 onder a, nu dit begrip, aldus de onderdelen, niet is beperkt tot degene die de juridische eigendom heeft van de lokaliteiten en gronden, maar zich uitstrekt tot degene die daarvan in economisch opzicht eigenaar is of daarover kan beschikken.

In cassatie is niet bestreden dat BP niet de (juridische) eigendom heeft van de grond waarop zich de door [verweerster 1] geëxploiteerde tankstations bevinden. Op gronden als uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.22 is het begrip 'eigendom' in art. 5 onder a geen Communautaire begrip, maar moet voor de betekenis daarvan te rade worden gegaan bij het recht van desbetreffende lidstaat. Naar Nederlands recht is economische eigendom geen eigendom en wordt met dit begrip slechts bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenissenrechtelijke rechten en verplichtingen tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben (vgl. HR 5 maart 2004, LJN AN9687, NJ 2004/316).

Blijkens art. 5 onder a kan niet van de uitzondering worden geprofitteerd in het geval dat de leverancier van de afnemer of van een met de afnemer verbonden partij huurt. Het lijdt geen twijfel dat daarmee is beoogd dat die uitzondering niet van toepassing is als de leverancier (in economisch opzicht) over lokaliteiten en gronden kan beschikken uit hoofde van een dergelijk huurderschap. Vaststaat dat BP de grond van [verweerster 2] huurt. Dat is een voor de toepassing van de uitzondering niet toegelaten vorm van huur.

Dat wordt niet anders als deze huur als 'economische eigendom' wordt betiteld.

De door de onderdelen bepleite opvatting is dus onjuist.

De onderdelen falen.

3.7 Hetgeen hiervoor in 3.6.1-3.6.3 is overwogen brengt mee dat zich hier geen van de gevallen voordoet waaronder de uitzondering van art. 5 onder a toepassing zou kunnen vinden. De onderdelen 2.2-2.4 kunnen daarom buiten behandeling blijven. Ook al zou een klacht van deze onderdelen slagen, kan dit immers niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak leiden, zodat BP geen belang heeft bij behandeling van die klachten.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt BP in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] c.s. begroot op € 385,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, W.A.M. van Schendel, W.D.H. Asser en C.E. Drion, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 8 juli 2011.

Commentaar

Ondanks dat A-G Keus een uitgebreide en zeer lezenswaardige conclusie heeft geschreven bij deze zaak, [NOOT: Conclusie van 22 april 2011, eveneens te vinden op www.rechtspraak.nl onder LJN BQ2809.] waag ik mij toch, zij het voorzichtig, aan een kort commentaar op dit arrest. Deze zaak tussen de Woerdense tankstationexploitant Benschop en BP betreft een geschil over een non-concurrentiebeding in de vorm van een exclusief afnamebeding. Dat beding is opgenomen in een in 1989 gesloten overeenkomst betreffende de exploitatie van twee tankstations, beide gelegen aan de Europabaan te Woerden, nabij de afslag van de A12. De exploitant van de stations beroept zich op de nietigheid van de clausule, omdat het beding langer loopt dan de vijftienjarige termijn die is toegestaan onder art. 5, sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen. [NOOT: Verordening 2790/1999 (Pb 1999, L336/21) en per 1 juni 2010 vervangen door Verordening 330/2010 (Pb 2010, L 102/1).] Volgens BP mag het non-concurrentiebeding langer lopen dan vijf jaar, omdat zij, althans haar rechtsvoorganger Mobil Oil, de pompinstallaties van de twee betreffende tankstations volledig heeft gefinancierd en zij gedurende de looptijd van de exploitatieovereenkomsten het investerings- en exploitatierisico loopt. BP is evenwel geen (juridisch) eigenaar van de percelen waarop het tankstation staat en de pompinstallaties zijn bevestigd (dat is de Provincie Utrecht). De tankstationexploitant huurt beide percelen van de Provincie Utrecht en (onder)verhuurt dat op haar beurt weer aan BP. BP heeft tegelijkertijd met (de zustersvennootschap van) de verhurende onderneming een exploitatie-overeenkomst gesloten voor beide tankstations waarin het gewraakte afnamebeding is opgenomen.

Onder de oude Groepsvrijstelling Verticalen uit 1984, Verordening 1984/83, [NOOT: Pb 1983, L173/5.] was een speciale bepaling opgenomen voor tankstationcon-
trac-

ten, omdat de brandstoffenleverancier ten gunste van de tankstationexploitant vaak het stuk grond, de opstallen en/of de technische installaties ter beschikking stelde aan de exploitant en de exploitant jegens de leverancier een exclusief, langdurig afnamebinding aanging.[NOOT: 13de considerans Verordening 1984/83.] dat was hier ook het geval. Het langdurige non-concurrentiebeding was onder die groepsvrijstelling van het kartelverbod vrijgesteld als er sprake was van een juridische of feitelijke gebruiksrelatie door de leverancier.[NOOT: Art. 12, lid 2 Verordening 1984/83.] Die oude bepaling voorzag niet in de eis dat de leverancier ook daadwerkelijk eigenaar was/bleef van de investeringen die hij deed ten gunste van de tankstationexploitant.[NOOT: HvJ 2 april 2009, C-260/07, *Pedro IV Servicios* (Jurispr. 2009, p. I-2437), r.o. 60.] De overeenkomst van het onderhavige geschil, viel daarmee - naar ik aanneem - onder die vrijstelling. Die vrijstelling liep voor bestaande contracten tot en met 31 december 2001.[NOOT: Op grond van art. 12 Verordening 2790/1999.]

Onder de daaropvolgende Groepsvrijstellingen Verticalen uit 1999 en 2010, werd expliciet de eis gesteld dat de leverancier eigenaar was/bleef, dan wel het beschikkingsrecht over de grond had via een huurcontract dat was gesloten met een derde, niet aan de exploitant gelieerde partij. Die laatste eis is - volgens de Commissie - ingegeven om creatieve constructies te voorkomen, waardoor misbruik kon worden gemaakt van deze vrijstelling voor non-concurrentiebedingen voor onbepaalde tijd.[NOOT: *Pedro IV Servicios*-arrest, r.o. 65 en de conclusie van A-G Mengozzi in die zaak, par. 75.] Een non-concurrentiebeding voor onbepaalde tijd kan dan slechts worden vrijgesteld in de twee genoemde situaties, zoals ook bevestigd door het Hof van Justitie (HvJ) in de *Pedro IV Servicios*-zaak:[NOOT: *Pedro IV Servicios*-arrest, r.o. 64.] de percelen van waaruit de wederverkoper opereert is (i) ofwel in eigendom van de leverancier, (ii) of gehuurd door de leverancier van een ander dan de wederverkoper (en niet van een aan hem gelieerde partij).

Nu rijst de vraag in deze zaak of de situatie die onder de oude Groepsvrijstelling uit 1984 werd gesauveerd, niet zou moeten worden gesauveerd onder de huidige Groepsvrijstelling Verticalen.

Rechtbank Utrecht, sector kanton, oordeelde in eerste aanleg dat het gewraakte beding ook onder de Groepsvrijstelling Verticalen uit 1999 viel. Zij sloot aan bij de ratio van antimisbruik. Volgens haar was in onderhavige zaak geen sprake van misbruik. Derhalve kon BP de in 1999 ingevoerde formele eigendoms-/huureisen om misbruik tegen te gaan niet worden tegengeworpen. Volgens de rechtbank kon BP de groepsvrijstelling daarom (blijven) gebruiken, ook al voldeed BP niet aan de (nieuwe) formele anti-misbrukeisen van het sinds 1999 van toepassing zijnde art. 5, sub a, Groepsvrijstelling Verticalen.

“Anders dan Woerden B.V. heeft betoogd valt de onderhavige situatie niet aan te merken als een kunstmatige constructie die is opgezet met de bedoeling de beperking van de looptijd van het exclusieve afnamebeding te omzeilen en om die reden

blijkens punt 59 van de Richtsnoeren niet toelaatbaar zou zijn. De exploitatieovereenkomsten dateren immers van ver vóór de inwerkingtreding van de Verordening 2790/1999 en niet in geschil is dat de exclusieve afnamebedingen in kwestie onder de oude groepsvrijstelling voor exclusieve afname betreffende tankstationcontracten (Verordening 1984/83) geldig waren.

Van het bestaan van een oogmerk tot het ontwijken van de looptijdbeperking kan dus geen sprake zijn geweest, althans aanknopingspunten daarvoor ontbreken en zijn door Woerden B.V. niet aangereikt. Het enkele gegeven dat BP in dit geschil een beroep doet op een - zoals zij het zelf noemt - economische eigendomsituatie, is daartoe in het licht van al het voorgaande ontoereikend.”[NOOT: Rechtbank Utrecht 27 juni 2007, LJN BA9407, rov. 7.]

Wellicht is dit aan te merken als een doelredenering, maar de logica kan ik onderschrijven; bovendien zal een dergelijke redenering het Hof van Justitie niet hebben misstaan.

In hoger beroep oordeelde Hof Amsterdam bij tussenarrest evenwel anders. Hof Amsterdam past een wat mij betreft erg formalistische benadering toe, getuige de volgende overweging.

“Tussen partijen staat vast dat BP Nederland niet de eigenaar is van de grond waarop zich de door [verweerster 1] geëxploiteerde tankstations bevinden. De eerste situatie doet zich dus niet voor. Daarmee is de vraag of BP Nederland al dan niet juridisch of economisch eigenaar is van de lokalen die zich op de grond bevinden niet (meer) van belang. Het hof merkt hierbij op dat ook het in 2008 gevestigde recht van opstal ten gunste van [verweerster 1] voor artikel 5 sub a van de Groepsvrijstelling niet van belang is. Het gaat er immers om dat BP Nederland, voor een succesvol beroep op artikel 5 sub a van de Groepsvrijstelling, zowel eigenaar van de grond als van het lokaal dient te zijn; dit is zowel vóór als na de vestiging van het recht van opstal niet het geval.”[NOOT: Hof Amsterdam 16 februari 2010, LJN BL5549, rov. 4.11.]

Ook de Hoge Raad volgt deze benadering.

Laat ik voorop stellen dat beide benaderingen mij bepleitbaar voor komen. Aan beide ligt een logica ten grondslag die ik valabel acht en dan is het rechterswerk om te kiezen. Toch acht ik andere redenen aanwezig om de keuze van de Hoge Raad en Hof Amsterdam te commentariëren. Allereerst vraag ik mij af of de opvatting van de Hoge Raad die hij ontleent aan het arrest van het HvJ in de *Pedro IV Servicios*-zaak daadwerkelijk leidt tot de conclusie dat met de term ‘eigendom’ naar het nationale recht wordt verwezen. Vervolgens vraag ik mij af of een EU-rechtelijke verordening daadwerkelijk naar nationaal recht verwijst, terwijl er niet expliciet staat dat voor het begrip ‘eigendom’ naar het nationale recht wordt verwezen. Ten derde, als daadwerkelijk naar het nationale recht wordt verwezen, moet worden onderkend dat het Nederlands recht wel degelijk een economisch eigendomsbegrip kent; had daar geen rekening mee moeten worden gehouden? Daarna zal ik nog kort ingaan op de formele eisen die de Groepsvrijstelling Verticalen stelt en de mogelijkheid in deze zaak een individuele vrijstel-

Rechtspraak

ling te benutten. Die formele stringente eisen brengen wellicht een juiste balans tussen die twee vrijstellingen. Tot slot zal deze zaak vast nog een staartje krijgen in de vorm van een merkbaarheidstoets.

Pedro IV Servicios

In het arrest in deze zaak geeft het HvJ de nationale rechter 'de opdracht' om naar nationaal recht te oordelen of er sprake is van eigendom en zo ja, of er dan voldaan is aan de eisen van art. 5, sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen. Of het HvJ daarmee daadwerkelijk aan geeft dat het begrip 'eigendom' in de Groepsvrijstelling Verticalen louter naar nationaal recht moet worden uitgelegd, betwijfel ik. A fortiori is de vraag of 'economische eigendom' onder dat begrip valt daarmee (nog) niet beantwoord, laat staan dat het HvJ met deze opdracht aan de Spaanse rechter uitsluit dat 'economische eigendom' onder de term 'eigendom' van , 5 sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen valt. Ook al kan je de overwegingen van het HvJ in de *Pedro IV Servicios*-zaak zo opvatten als de Hoge Raad heeft gedaan, moet wel worden gerealiseerd dat de eigendomsvraag hier in de sleutel stond van een opdracht aan de Spaanse rechter en niet in de sleutel van de uitleg van EU-recht. Kortom: ik vraag mij af of dit wel valt af te leiden *Pedro IV Servicios*-zaak. Een prejudiciële vraag hierover had mij eerder op zijn plaats geleken dan het (stellige) oordeel van de Hoge Raad dat , 5 sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen naar het nationale recht verwijst.

Verordening leidt tot harmonisatie

Bovendien dient de Groepsvrijstelling ter harmonisatie van de voorwaarden waaronder overeenkomsten zijn vrijgesteld. Dat de definitie van eigendom in die verordening zou verwijzen naar nationaal recht zou afbreuk doen aan de harmoniserende functie van die verordening. Volgens het Hof van Justitie is het "[m]et het oog op de eenvormige toepassing van het [EU]-recht en het beginsel van gelijke behandeling (...) als algemene regel noodzakelijk dat de termen van een [EU]-rechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele [Unie] autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling." [NOOT: HvJ 18 januari 1984, 327/82, *Ekro* (Jurispr. 1984, p. 107), r.o. 11 en HvJ 6 februari 2003, C-245/00, *SENA* (Jurispr. 2003, p. I-1251), r.o. 23.] "Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat de [rechtsorde van de Unie] voor de omschrijving van haar begrippen in beginsel niet wil aanknopen bij een of meer nationale rechtssystemen, tenzij zulks uitdrukkelijk zou zijn bepaald." [NOOT: HvJ 14 januari 1982, 64/81, *Corman* (Jurispr. 1982, p. 13), r.o. 8 en HvJ 2 april 1998, C-296/95, *EMU Tabac e.a.* (Jurispr. 1998, p. I-1605), r.o. 30.] In het licht van de harmoniserende functie van de verordening twijfel ik daarom aan de conclusie van de Hoge Raad dat het begrip 'eigendom' naar nationaal recht moet worden uitgelegd; een extra reden om een prejudiciële vraag te stellen. [NOOT: Dat de Groepsvrijstelling hier alleen van toepassing is via de schakelbepaling van art. 12 Mw, doet

daar overigens niets aan af. Zoals het HvJ in de zaak *Leur-Bloem* vaststelde, dient ook EU-recht homogeen te worden uitgelegd dat in een specifieke zaak alleen van toepassing is via een nationale schakelbepaling; HvJ 17 juli 1997, C-28/95, *Leur-Bloem* (Jurispr. 1997, p. I-4161), r.o. 27.]

Economische eigendom

Zelfs al wordt inderdaad verwezen naar het eigendomsbegrip in het nationale recht, vraag ik mij af of het volstaat om alleen naar het civiele recht te kijken. Ons nationale recht kent namelijk wel degelijk een vorm van eigendom waarover BP beschikt, namelijk de economische eigendom. Economische eigendom levert geen (juridische) eigendom op. [NOOT: HR 5 maart 2004, *Vagobel/Geldnet*, NJ 2004/316.] Het is een eigendomsbegrip dat zich heeft ontwikkeld in het belastingrecht. [NOOT: Zie daarover bijvoorbeeld: H.J. Hellema, 'Juridische perspectieven van de economische eigendom', *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, nr. 108, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1962; W.J. Slagter, *Juridische en economische eigendom*, Deventer: Kluwer, 1968; W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995; J.W. van den Berge, 'Een nieuwe kijk op economische eigendom in de vennootschapsbelasting?', *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, nr. 231, Deventer: Kluwer, 2007.] waarbij een *substance over form* benadering wordt gekozen. De economisch eigenaar is grosso modo degene die het exploitatierisico loopt ten aanzien van een bepaalde zaak, zonder dat hij/zij eigenaar in civielrechtelijke zin is. Desalniettemin vermag de economisch eigenaar in het belastingrecht dingen die de juridisch eigenaar normaal gesproken vermag, zoals afschrijven op die zaak en de afschrijvingskosten in aftrek brengen van zijn belastbare winst. Ook het mededingingsrecht kent mijns inziens een zelfde *substance over form* benadering, waarbij niet (louter) naar de formeel juridische kant van de werkelijkheid wordt gekeken, maar veeleer naar de economische, zoals bij het begrip 'onderneming'. Dat economische eigendomsbegrip past daarmee prima binnen het mededingingsrecht. Waarom op het nationaalrechtelijke begrip 'economische eigendom' in deze zaak geen acht is geslagen [NOOT: Op een voetnoot van A-G Keus na; voetnoot 53 van zijn conclusie.] en alleen naar het civielrechtelijke begrip is gekeken, acht ik een omissie. Bovendien sluit dat begrip ook prima aan bij de historische achtergrond van art. 5, sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen, zoals die in de Groepsvrijstelling van 1984 werd gevonden: daar ging het om de feitelijke gebruiksrelatie.

Individuele vrijstelling

Zelfs al is de Groepsvrijstelling Verticalen niet van toepassing, wil dat nog niet zeggen dat het non-concurrentiebeding voor onbepaalde tijd onder het kartelverbod valt. Naast de te bewijzen merkbaarheid (zie hierna), zou de beperking nog onder de individuele vrijstelling van art. 6, lid 3, Mw kunnen vallen. [NOOT: Zoals ook geconcludeerd door A-G Keus in deze zaak, par. 2.23.] Ik acht

het goed bepleitbaar dat de investering van BP bijdraagt tot verbetering van de distributie en ten goede komt aan de klanten aan de Woerdense pomp. De beperking in de vorm van een exclusief afnamebeding lijkt mij onmisbaar toe om BP zijn investering te laten terugverdienen. [NOOT: Alhoewel de looptijd van het beding wellicht korter zou kunnen zijn, afhankelijk van de terugverdientijd van de initieel en tussentijds gedane investeringen.] Uiteindelijk beperkt het beding de keuze van klant aan de pomp. Ik neem aan dat er in Woerden (vast en zeker) tankstations zijn te vinden van andere merken dan BP. De mogelijkheid tot individuele vrijstelling stelt de formele, wellicht wat stringente, eisen van de Groepsvrijstelling Verticalen wat mij betreft in een ander daglicht. De groepsvrijstelling creëert immers een *safe harbor* voor overeenkomsten waarvan zeker is dat die voldoen aan de eisen van art. 101, lid 3, VWEU. Dat wil niet zeggen dat als er niet wordt voldaan aan de eisen van de groepsvrijstelling de individuele vrijstelling niet van toepassing kan zijn. [NOOT: Europese Commissie, *Richtsnoren inzake verticale beperkingen* (Pb 2010, C 130/1), randnummer 23.] De systematiek van de groepsvrijstelling enerzijds en de individuele vrijstelling anderzijds, vereist wellicht dat de art. 5, sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen alleen maar die gevallen *en groupe* vrijstelt waarvan 100% zeker is dat er geen misbruik heeft plaatsgevonden. Dat is zeker het geval als de leverancier eigenaar is, dan wel de percelen huurt van een niet met de wederverkoper gelieerde partij. Wanneer zich een andere situatie voordoet, zal per geval, dus individueel, moeten worden getoetst of er al dan niet sprake is van misbruik. Als daarvan dan geen sprake is, is de overeenkomst alsnog vrijgesteld, vanzelfsprekend op voorwaarde dat aan de overige vereisten van de individuele vrijstelling is voldaan. Vanuit die systematiek is het goed te verklaren dat art. 5, sub a,

Groepsvrijstelling Verticalen niet alle *bona fide* gevallen dekt, maar alleen die gevallen waarvan zeker is dat er geen sprake is van misbruik. De overige *bona fide* gevallen worden dan gedekt door de individuele vrijstelling van art. 101, lid 3, VWEU, respectievelijk art. 6, lid 3, Mw. In het licht van die systematiek van de groeps- en individuele vrijstelling acht ik een restrictieve uitleg van art. 5, sub a, van de Groepsvrijstelling Verticalen goed verdedigbaar.

Merkbare beperking

De Hoge Raad is evenwel niet aan die individuele toets toegekomen. Dat was (nog) niet in geding, omdat Hof Amsterdam in deze zaak bij tussenarrest had besloten dat BP geen aanspraak kon maken op de groepsvrijstelling. Het hof heeft daarin bepaald dat op grond van art. 401a Rv cassatie kon worden ingesteld tegen dat arrest; hetgeen geschiedde. In dat tussenarrest stelde het hof voorts vast dat het nu aan de tankstationexploitant is om te bewijzen dat er ook sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. [NOOT: Waarbij het verwees naar HR 16 januari 2009, *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie V.O.F.*, LJN BG3582.] Dat zal nog een leuk partijtje marktafbakening gaan opleveren. De Benzinescan 2005/2006 van de NMa is alvast een goed startpunt, maar levert geen marktdefinitie op; [NOOT: <http://www.nma.nl/images/BenzineScan200522-155211.pdf>.] de economen zijn aan zet. En als er dan daadwerkelijk sprake is van een merkbare beperking, zal de individuele vrijstelling allicht aan bod komen. [NOOT: En dan is het aan BP te bewijzen dat wordt voldaan aan de voorwaarden, op grond van art. 6, lid 4, Mw.]

WG